

D O U T R I N A

A TEORIA DA IMPREVISÃO E O CONTRATO DE EMPREITADA

Fajardo Nogueira de Souza

1 — Considerações gerais; 2 — Origens da cláusula «*rebus sic stantibus*»; 3 — A cláusula na doutrina brasileira; 4 — A imprevisão na jurisprudência nacional; 5 — Seu campo de aplicação; 6 — O artigo 1.246 do Código Civil; A cláusula de escala móvel; e 8 — Conclusão.

1 — A teoria da imprevisão, nova roupagem da velha cláusula «*rebus sic stantibus*», é desconhecida do Código Civil.

Regra de direito não escrito, ela se opõe ao princípio da convenção-lei e constitui um abrandamento da doutrina da autonomia da vontade.

São seus opositores os que defendem o «*pacta sunt servanda*». Acentuam eles a inerência do risco ao contrato, cuja finalidade é precipuamente, prevenir-se contra as áleas normais. Se se quer ficar a cavaleiro das áleas extraordinárias é preciso fazê-lo expressamente.

Seus defensores encontram seu fundamento, nos princípios superiores da equidade e, somente divergem quanto à explicação técnica, que convem dar à doutrina.

Pelo sistema clássico e tradicional, a doutrina se coloca, no domínio da interpretação das convenções. A cláusula está implícita, em todos os contratos (1).

Outras teorias procuram o fundamento e a justificativa da doutrina. Citem-se, entre muitas, a teoria da pressuposição de Windscheid a da superveniência de Osti, a da base do negócio de Oertmann, a de que a imprevisão se fundamenta no princípio de que as convenções se executam de boa fé de Wendt, Naquet e outros, a da impossibilidade de Volkmar, a da predominância de uma noção moral de Voirin, a do enriquecimento sem causa e do abuso do direito de Bruzin, a da equidade de Bonecasse, etc. (2).

A imprevisão é uma das mais sedutoras faces do eterno conflito entre a justiça comutativa e a segurança jurídica.

Consiste no desproporcional desequilíbrio das prestações recíprocas, nos contratos de prestações sucessivas ou futuras, decorrentes de acontecimentos posteriores à celebração do contrato e independente da vontade das partes.

Objetiva, em síntese, estudar se é justo e em que termos a revisão judicial do contrato, quando a superveniência de acontecimentos anormais altera, substancialmente, a economia do contrato.

Neste caso, a execução «a outrance» da convenção acarreta, em virtude da desproporcionalidade das prestações, o empobrecimento de um e o enriquecimento sem causa do outro contratante.

1 — Henri DE PAGE — *Traité Elementaire de Droit Civil Belge* — vol. II — n.º 577 — pág. 541

2 — In — Arnoldo Medeiros da Fonseca — *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, de Carvalho Santos — vol. 9, pág. 8 “*in fine*” — existe uma clara e sucinta exposição destas doutrinas

A imprevisão envolve, sem dúvida, noção complexa e a determinação de seu campo de aplicação inspira cuidados, pois o princípio conflita com várias doutrinas fundamentais do direito positivo.

2 — Muitos vêm a origem da cláusula «rebus sic stantibus», em um texto de CÍCERO (De Officiis); outros, em uma passagem de SENECA (De Beneficiis); há quem a remonta mais longe ainda, em NEURATIUS (Digesto — rebus sic stantibus loquimur); e, finalmente, afirma-se originar-se a cláusula, em uma passagem de MARCELO (Digesto 45 I — par. 98).

Ao que parece, no direito romano, não existia uma teoria geral sobre a imprevisão.

A formulação clara do princípio se encontra nesta expressão dos «post-glosadores»: «Contratus que habent tractum successivum et dependentiam futurum rebus sic stantibus intelligentur (os contratos a termo ou de trato sucessivo se entendem, permanecendo as cousas, no mesmo estado).

No seu desenvolvimento, participaram ativamente os canonistas medievais, sempre dispostos a favorecer as soluções de equidade.

A cláusula encontrou decisivo apoio e sustentáculo, em passagens de Santo Agostinho (Sermões ao Povo, n.º 133), Graciano (Decret. II — Causa 22 — Quest. II) e de S. Tomaz de Aquino (Suma Teológica II — 2 110-3).

Dizia-se, então, que o cumprimento da promessa ou obrigação era excusável, se se variassem as condições.

Com o advento do individualismo jurídico, consagrado no Código de Napoleão, a doutrina se eclipsou, passando a imperar soberanamente o «pacta sunt servanda».

Suas primeiras manifestações ocorreram posteriormente às guerras de 1.870 e 1914, em matéria de contratos administrativos.

3 — No direito brasileiro, a teoria da imprevisão, recebida com reserva, foi gradativamente ganhando terreno, até adquirir carta de cidadania.

Tão expressiva a corrente doutrinária que a consagra, em nosso direito, que o assunto não pode mais ser discutido seriamente. Está, indubitavelmente, superado. A imprevisão é um princípio geral de nosso direito (3).

Muito escassa a corrente negativista (4).

4 — No direito jurisprudencial, a doutrina está definitivamente consagrada.

Pela primeira vez, em 1938, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL espousou a imprevisão, em acórdão, cuja ementa é a seguinte:

«A regra «rebus sic stantibus» não é contrária a texto de lei nacional» (5).

Posteriormente, o Pretório Excelso adotou a doutrina da imprevisão, contra o voto do eminente Ministro Orozimbo Nonato, afirmando ser imprevisão «uma conquista definitiva do direito moderno» (6).

No Tribunal de Justiça de S. Paulo é torrencial a jurisprudência consagradora da regra «rebus sic stantibus». Segue orientação idêntica, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (7).

3 — Defendem a imprevisão: — Jair Lins, Eduardo Espinola, Arnaldo Medeiros da Fonseca, Mendes Pimentel, Epitácio Pessoa, Bento de Faria, Sá Pereira, Jorge Americano, Artur Rocha, Pedro Batista Martins, Nehemias Gueiros, Abgar Soriano, Darcy Bessone, Francisco Campos, Caio Mário da Silva Pereira, Temístocles Cavalcanti, Noé Azevedo, Medeiros Silva, Oscar Saraiva, Caio Tácito, Lúcio Bitencourt, Alfredo de Almeida Paiva, Osvaldo Carvalho Monteiro e outros:

4 — São opositores da teoria J. X. Carvalho de Mendonça e «de jure constituto» Orozimbo Nonato.

5 — REV. FOR. — vol. 77, 79.

6 — REV. FOR. — vol. 113, 92 — D. J. da União de 25-2-50, pág. 1.019.

7 — REV. FOR. vol. 92, 722 — REV. dos TRIB. de S. Paulo, vols. 156, 654, 191, 169 — REV. FOR. vols. 98, 97 — 97, 111 — 104, 269 etc...

5 — Admitida, no direito brasileiro, cumpre fixar-lhe o campo de aplicação.

A primeira condição é que o contrato contenha prestações futuras; nas convenções cujo cumprimento é imediato, a injustiça da desigualdade das prestações poderá cair dentro da teoria da lesão ou da causa. Mas, não se deve limitar o campo de aplicação da doutrina, aos contratos de prestações sucessivas, porque uma só prestação pode justificá-la. Indiferente é que o espírito de especulação desempenhe papel mais ou menos importante, na conclusão do contrato. Inaplica-se, entretanto, a doutrina, nos contratos aleatórios, quando o azar previsto se realiza e nos contratos meramente especulativos.

A segunda condição é que a modificação operada no valor das prestações, serviços ou ônus, exceda em muito, as previsões que racionalmente, podiam fazer-se, no tempo da celebração do contrato. O contrato deve ser respeitado, enquanto a injustiça não seja intolerável. Porém, não colhe, como se tem admitido, a teoria de que se exclui, sistematicamente, da revisão, o contrato, no qual o vendedor obrigado a fazer a entrega, possua já a mercadoria, no momento de sua celebração ou quando a obtivera, anteriormente, em outras condições. Em virtude da regra «genera non pereunt», que pesa sobre o vendedor, este mais que o comprador deve beneficiar-se com o resultado das flutuações do mercado.

Por outro lado, as regras da operação revisionista levam a uma distribuição equitativa dos benefícios e das perdas. Excluem-se, em decorrência da teoria nominalista, do campo da imprevisão, os contratos de empréstimos de dinheiro, ainda que haja uma brusca e violenta alteração no valor da moeda (8). Pelo mesmo motivo, nas obrigações em dinheiro, é inaplicável a cláusula de escala móvel (9).

Arnoldo Medeiros da Fonseca, de saudosa memória, em trabalho recente, depois de acentuar que a intervenção judicial lhe parece, excepcionalmente, permitida, nos domínios do contrato, em face da legislação vigente, no caso de superveniência imprevisível, para resguardar os princípios jurídicos fundamentais, que vedam o enriquecimento ilícito e reprimem a usura, constituindo assim um equitativo limite à força obrigatória do vínculo criado que, em regra, se mantem, para garantir a segurança do comércio jurídico, escreve que a cláusula «rebus sic stantibus», com a nova conceituação que se lhe dá, exige os requisitos seguintes:

1.º — Será indispensável que se trate de um contrato de execução continuada ou futura, pouco importando que seja bilateral ou unilateral.

2.º — A alteração do ambiente objetivo, no qual se formou o vínculo contratual, deve ser radical e decorrente de um acontecimento excepcional, imprevisto e imprevisível, de tal modo que possa, seguramente, presumir que o contrato não se celebraria, livremente, se ele fosse previsto.

3.º — Tal acontecimento deve acarretar uma onerosidade excessiva ou uma perda extraordinária, para uma das partes, não compensada, por outras vantagens auferidas anteriormente ou ainda esperáveis.

4.º — Finalmente, deve envolver, para o outro contratante, um lucro exagerado, um enriquecimento imprevisto e de tal monta que a sua conduta exigindo, inflexivelmente, a prestação, se apresente, como uma manifestação de usura, diante dos princípios gerais que decorrem das normas legais que a reprimem. (10).

8 — O exposto é uma exposição da doutrina de Planiol, Ripert e Esmein in Tratado Prático de Derecho Civil Frances — ed. cast. vol. VI — no. 397 — págs. 561 e 562.

9 — CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA — A Cláusula de Escala Móvel, nas Obrigações em Dinheiro — tese (separata da REV. TRIB.) — 1.955.

10 — Repertório Enciclopédico, de Carvalho Santos — vol. 9 — pág. 34.

Inferese que o douto mestre brasileiro esposa a doutrina da imprevisão, aplicada nos termos mais restritos.

Parece-nos mais coerente com o direito moderno, com os superiores princípios de equidade que rejuvenesceram a velha cláusula «rebus sic stantibus» e com a tendência, transformada em idéia-fôrça, que não há contê-la, no seu ímpeto, do reajustamento seja por que motivo for, a doutrina de PLANIOL, sinteticamente, exposta.

Realmente, não se justifica que a alteração do ambiente objetivo, imprescindivelmente, decorra de um acontecimento extraordinário, imprevisto e imprevisível. Basta, no nosso parecer, uma alteração que afete, substancialmente, a economia do contrato, tornando a desigualdade das prestações numa injustiça intolerável. Objetiva, em última análise, a doutrina, a repressão do enriquecimento ilícito.

Disto não se segue que a imprevisão não tenha aplicação restrita. Ela não se confunde com a cláusula de escala móvel. Procura, inspirada na vontade real, salvar os contratos de longa duração, em épocas em que a desvalorização monetária se acentua. Constitui exceção a princípios fundamentais de nosso direito positivo.

Não objetiva, portanto, a exata proporcionalidade das prestações. A inexistência de lucro é uma consequência da álea normal dos negócios. O risco normal é inerente ao contrato. A regra «rebus sic stantibus» visa equilibrar, reajustar as prestações, quando existe, uma enorme, uma flagrante desproporcionalidade.

6 — Uma corrente doutrinária e jurisprudencial é contrária à aplicação da cláusula, nos contratos de empreitada, em vista dos termos do artigo 1.246 do Código Civil.

Mas, na verdade, «o dispositivo do artigo 1.246 do Código Civil é uma aplicação do direito comum, como judiciosamente observa Clovis Beviláquia. Informa-o o mesmo pressuposto de uma variação, dentro de certos limites e não a que torna a execução do contrato demasiadamente onerosa, fugindo assim à base econômica e moral, que é uma constante das normas jurídicas (11).

Não se trata de aumento normal e previsível de salário e de materiais, mas de inopinada subversão de valores, que influiria, não apenas, para diminuir lucros esperados do negócio, mas para ameaçar de ruína o contratante; bém, por isto, o artigo 1.246 não é obstáculo à aplicação da regra «rebus sic stantibus».

Francisco Campos, no particular, escreve: «a regra do artigo 1.246 do Código Civil deve ser interpretada, nos mesmos termos, em que o é a regra implícita em todos os contratos, em que é fixado o preço da prestação. Nada impede, portanto, que, em relação ao contrato de empreitada, se façam sentir os efeitos da imprevisão. O risco assumido pelo empreiteiro é o normal e o próprio do contrato e não o risco criado, contra a vontade e a intenção das partes, por acontecimento extraordinário e inevitável, que se estivesse na sua previsão, teria impedido a formação do contrato (12).

Não destoa o magistério de Temístocles Cavalcanti: o art. 1.246 do Código Civil só se refere a álea normal dos aumentos e oscilações comuns do mercado de materiais de construção e não a transformações tão radicais, que envolvem a própria estabilidade econômica da empresa; provocando prejuízos tão grandes que ponha em risco a vida financeira do empreiteiro (13).

11 — Prof. Alcino Salazar — REV. FOR. — vol. 150, 252.

12 — REV. FOR. — vol. 106, 271.

13 — REV. de DIREITO ADMINISTRATIVO, vol. VII, 393.

Esposam a mesma doutrina Medeiros Silva (14), Oscar Saraiva (15) e Lúcio Bitencourt (16).

A construção civil, em nossos dias, pelo vulto e diversidade dos materiais nela empregados e pelo esforço humano necessário à sua movimentação, transformou-se em uma grande indústria. Uma brusca oscilação no mercado de materiais e mão de obra, ocasionando uma alta excessiva dessas utilidades, poderá determinar a impossibilidade da execução da obra contratada (17).

7 — Inferese, da exposição, que a teoria da imprevisão, consagrada pela doutrina e jurisprudência, que a sistematizaram, não oferece cabal garantia à indústria de construção civil, nos dias que correm, onde avulta, impressionantemente, o fenômeno inflacionário, decorrência da desvalorização monetária.

Nos códigos da Itália, da Polónia e no nosso e no direito de outros povos, a regra «rebus sic stantibus» somente autoriza a intervenção do judiciário, no domínio contratual, quando exista uma flagrante desproporção das prestações. A questão da inexistência de lucro ou mesmo pequeno prejuízo, própria da álea normal dos contratos, não é amparada (art. 1246 do Cód. Civil). Enquanto a injustiça, na expressão de Planiol, não seja intolerável, o contrato deve ser mantido.

Não sendo justo que o empreiteiro não aufera um lucro razoável, na execução da empreitada, pois o aumento, no custo da obra, decorrente de elevação do custo de materiais e mão de obra, representa uma «plus» valia incorporada, sem causa justa, ao patrimônio do outro contratante, a tendência atual é pelo reajustamento fundamentado, no princípio da boa-fé ou no da imprevisão ou ainda no de força maior (18).

Daí, porque se generaliza o uso da cláusula de escala móvel, ainda pouco estudada na doutrina brasileira.

E esta generalização comprova que ela repousa, na convicção tranquila de sua validade (19), maxime, em época que se caracteriza pelo desaparecimento progressivo da liberdade contratual.

Nascida, após a primeira guerra mundial, a cláusula, em síntese, objetiva salvaguardar a estabilidade das relações contratuais e a equivalência equitativa das prestações obrigacionais.

O interesse das partes em alcançar este objetivo parece-nos legítimo.

Encontrou, entretanto, a cláusula sérios opositores. Procura, dizem seus adversários, fraudar a lei, pois visa, indubitavelmente iludir as disposições imperativas e de ordem pública, que proibem, por qualquer meio restringir, nos seus efeitos, o curso forçado do papel moeda (20) e aumenta a descon-fiança no valor da moeda nacional.

A este argumento capital, juntam o da indeterminação do preço das prestações e o caráter leonino que encerra.

Não procedem os argumentos que se opõem à juridicidade, no direito francês e no nosso, da cláusula de escala móvel. Ela se distingue, perfeitamente, das cláusulas chamadas monetárias, pois inexistente convenção sobre for-

14 — REV. FOR. vol. 122, 165.

15 — REV. de Direito Administrativo, vol. I, 32.

16 — REV. FOR. vol. 103, 451.

17 — Alfredo de Almeida Fialva — Rev. For. vol. 141, 93.

18 — Oto Gil — Art. in Rev. da Associação Comercial do R. de Janeiro.

19 — Hubert — Observations sur la Nature et la Validité de la Clause D'Echelle Mobile — Revue Trimeseriele de Droit Civil — 1.947, pág. 2.

20 — V. exposição de motivos e artigo 1.º do dec. n. 23.501, de 27-11-933.

ma ou modo de pagamento. Pactua-se, naquela, um preço base da obrigação, na ocasião da conclusão do contrato, ficando variável e a ser fixado, na época da execução total ou das prestações contratuais, o montante do preço, de acordo com o valor do índice escolhido (custo de vida — preço de materiais de construção ou de mão de obra, etc. (21).

Por outro lado, os preços das prestações não ficam indeterminados. Existe sempre um preço base e uma cláusula de variação, nos termos do índice escolhido. A fixação do preço não passa, conseqüentemente, de uma simples operação matemática.

Não há, também, o caráter leonino atribuído à cláusula, pois ela é esculpida em benefício de ambas as partes. O montante da obrigação cresce ou diminui, de acordo com as variações do valor do índice escolhido.

Na jurisprudência francesa, a Corte de Cassação, fazendo nítida e precisa distinção, entre as cláusulas propriamente monetárias e as de escala móvel, assentou, em importantes arestos, a validade destas últimas, fazendo desaparecer as hesitações reinantes nas instâncias inferiores (22).

Josserand adverte que a jurisprudência condena as cláusulas de escala móvel que visam, confessadamente, garantir às partes, contra a desvalorização da moeda. Se os contratantes se referem somente às variações do poder aquisitivo da moeda, a cláusula é perigosa, pois se generalizada, contribuiria para aumentar a desconfiança no valor da moeda e prejudicaria a economia do país (23).

De fato, corrobora Hubert, são condenadas pela jurisprudência francesa, todas as cláusulas que estipulam uma revisão, no caso de desvalorização da moeda (24).

No magistério de Caio Mário da Silva Pereira, a adoção da cláusula móvel não é contrária à sistemática de nosso direito, antes encontra amparo seguro, na iniciativa tomada pelo Poder Constituinte (25).

A cláusula de escala móvel é o único meio de salvar o contrato de longa duração, porque exprime uma grande verdade esta exclamação de Ripert: «as depreciações monetárias, desses últimos anos, têm causado uma inquietação profunda. Elas impossibilitam os contratos de longa duração» (26).

Sua inclusão no contrato de empreitada não malfere o disposto no artigo 1.246 do Código Civil, visto que este dispositivo, no nosso parecer, é uma regra interpretativa das vontades das partes. Aplica-se, no silêncio do contrato. Não é de ordem pública, inderrogável, por convenções particulares.

8 — A regra «rebus sic stantibus» objetiva o reajustamento, através do JUDICIÁRIO, quando há brusca transformação no ambiente objetivo, alterando substancialmente a economia do contrato. Está implícita nos contratos e protege as partes, contra as áleas imprevistas e extraordinárias.

Já a cláusula de escala móvel visa a uma equitativa proporcionalidade das prestações obrigacionais e ampara as oscilações normais e previsíveis, as áleas ordinárias ou comuns dos negócios jurídicos.

21 — Planol — Ripert e Hamel — Tratado Prático de Derecho Civil Frances vol. X — n.º 474 — pág. 551 — ed. cast.

22 — Hubert — l. c.

23 — Derecho Civil — ed. cast. t. II — vol. I — n.º 866 — pág. 678.

24 — Hubert — l. c. — n.º 6.

25 — Tese citada.

26 — Declin du Droit — pág. 83.

Ao contrário da cláusula «rebus sic stantibus», a de escala móvel só autoriza o reajustamento, se expressamente consignada na convenção, com o seu índice de variação.

Aquela é um princípio geral de direito, esta, uma estipulação lícita, desde que não se confunda com as chamadas cláusulas monetárias, inserida nas convenções.

No que tange às empreitadas de obras públicas, existe um clima favorável à sua inclusão nos editais de concorrência, como se vê dos estudos feitos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, a pedido do Dr. Lucas Lopes (27).

27 — V. Artigo in Desenvolvimento e Conjuntura — n.º 3 — setembro de 1.957 — pág. 37 "in fine".